

University of Groningen

Een precedent zonder precedentwerking

Brueren, Arte; Nap, Mentko

Published in:
Nederlands Juristenblad NJB

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Brueren, A., & Nap, M. (2018). Een precedent zonder precedentwerking: of: bederf in het staatsrecht. *Nederlands Juristenblad NJB*, 93(9), 621-624. [NJB 2018/448].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Een precedent zonder precedentwerking

Of: bederf in het staatsrecht

Arte Brueren & Mentko Nap¹

In de zomer van 2017 behandelde de Tweede Kamer de tweede lezing van het initiatiefvoorstel tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. De eerste lezing daarvan was in 2009 afgerond. De Kamer die mede met het oog op deze grondwetsherziening was verkozen, was inmiddels al twee keer vervangen. De regering concludeerde daarom dat dit initiatiefwetsvoorstel niet meer ter tafel lag. Die conclusie ging de Kamer te ver en zij verzocht de Afdeling advisering van de Raad van State om voorlichting. Die concludeerde dat uitsluitend de Tweede Kamer die gekozen is na de ontbinding die volgt op de eerste lezing van een grondwetsherzieningsvoorstel, bevoegd is om de tweede lezing ter hand te nemen. Deze redenering wijkt op belangrijke punten af van wat de Raad van State eerder in een advies heeft gesteld. En wat steekt is dat de voorlichting van die afwijkingen niet expliciet doet blijken – integendeel, het lijkt wel alsof ze worden weggesmeerd.

Grondwetsinterpretatie is in veel gevallen het exclusieve domein van de politieke staatsmachten. Dat is het gevolg van het typisch Nederlandse toetsingsverbod en de ook in andere landen gebruikelijke terughoudende opstelling van rechters ten aanzien van *political questions*. Wanneer parlement en regering zich geconfronteerd zien met een staatsrechtelijke puzzel, is het vragen van advies aan de Raad van State een beproefde methode. De verkregen adviezen zijn formeel weliswaar niet bindend, maar ze genieten groot gezag. Beroemde of beruchte voorbeelden zijn de adviezen over de plaatsing van kruisvluchtwapens op Nederlandse bodem, de grondwettigheid van tussentijdse ontbinding van gemeenteraden of het houden van een referendum over het Verdrag van Lissabon.² Nu de Raad van State zo'n stevige vinger in de constitutionele pap heeft, mogen er hoge eisen worden gesteld aan de wijze waarop hij tot zijn opvattingen komt. Eind september 2017 verscheen een voorlichting die het in zich heeft om te worden toegevoegd aan het lijstje rechtsvormende adviezen. Aan de wijze van argumenteren in de voorlichting zit echter een luchtje.

Voorgeschiedenis

In de zomer van 2017 behandelde de Tweede Kamer de zogeheten tweede lezing van het initiatiefvoorstel tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. De eerste lezing daarvan was in 2009

afgerond.³ Op grond van artikel 137 Grondwet is de vervolgstap dat de Tweede Kamer wordt ontbonden. De aansluitend te kiezen Tweede Kamer kan zich als speciaal geconvoceerd herzieningsparlement over de voorgestelde wijziging buigen. Ontbinding van de Eerste Kamer vormt geen onderdeel van de procedure (meer). Voor beide Kamers geldt dat in de tweede lezing een gekwalificeerde meerderheid nodig is om de grondwetswijziging te aanvaarden. In het geval van de aanpassing van het toetsingsverbod lag het tempo aanvankelijk hoog. De Tweede Kamer werd in juni 2010 ontbonden en opnieuw verkozen.⁴ De tweede lezing was nog voor de ontbinding in gang gezet.⁵ Kort daarna kwam de klad erin. De parlementaire behande-

Auteurs

¹ Arte Brueren is onderzoeksmasterstudent publiekrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en de Rijksuniversiteit Groningen. Mentko Nap is docent Staatsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Noten

² Respectievelijk *Kamerstukken II* 1983/84, 17980, A-B en *Kamerstukken II* 1985/86, 19290, B-C; *Kamerstukken II* 2001/02, 28000 VII, A en *Kamerstukken II* 2007/08,

31091, 4.

³ Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 2009, 120.

⁴ Koninklijk besluit van 18 maart 2010, *Stb.* 2010, 131.

⁵ Het voorstel is in tweede lezing nog vóór de verkiezingen aanhangig gemaakt, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32334, 1-3. Zie hierover ook de discussie die door één onzer is aangezwengeld, na te lezen via www.publiekrechtropolitiek.nl/re-en-dupliek/.



© Photodisc / Getty Images

ling verliep zó traag, dat de regering een balletje opwierp over de vraag of het voorstel eigenlijk nog wel behandeld kon worden. De Kamer die mede met het oog op deze grondwetsherziening was verkozen, was inmiddels immers al twee keer (in 2012 en in 2017) vervangen. De regering concludeerde daarom dat 'het einde in verband met dit initiatiefwetsvoorstel allang gepasseerd is' en dat zelfs 'zonder actieve daad (...) deze grondwetswijziging (...) niet meer ter tafel ligt'.⁶ Die conclusie ging de Kamer wat te ver. Ze verzocht de Afdeling advisering van de Raad van State om voorlichting over de status van het wetsvoorstel.⁷

Voorlichting van 2017

Op 29 september jongstleden concludeerde de Afdeling dat uitsluitend de Tweede Kamer die gekozen is na de ontbinding die volgt op de eerste lezing van een grondwetsherzieningsvoorstel, bevoegd is om de tweede lezing ter hand te nemen.⁸ Uitsluitend die Kamer is immers met de specifieke opdracht tot heroverweging door kiezers geconstitueerd. Alleen bij 'bijzondere omstandigheden' kan nog één verkiezing passeren alvorens de tweede lezing wordt aangevangen. Te denken valt aan het geval waarin de herziening inzet is geworden van formatieonderhandelingen of is getroffen door een controversieel-verklaring na een voortijdig einde van een kabinetsperiode. Zijn er meerdere verkiezingen verstreken sinds de eerste lezing zonder dat zich bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan, dan heeft de kiezerslegitimatie voor de wijziging van de Grondwet geen betekenis meer. Op de Tweede Kamer van dienst rust dan een rechtsplicht ('geen

ruimte om tot een ander oordeel te komen') om vast te stellen dat het wijzigingsvoorstel definitief uit beeld is. Kennelijk zijn voorstellen tot herziening van de Grondwet bederfelijke waar: als ze te lang op de parlementaire plank blijven liggen, vervallen ze van rechtswege.

Precedenten

Deze redenering wijkt op belangrijke punten af van wat de Raad van State eerder heeft gesteld. Een relevant ijkpunt is een advies dat in 2003 werd uitgebracht. Indertijd deed zich met betrekking tot vier grondwetsherzieningsvoorstellen de vraag voor of ze nog wel in behandeling genomen konden worden, aangezien er tussen beide lezingen meerdere verkiezingen voor de Tweede Kamer waren geweest. Na zorgvuldige analyse van zowel de toepasselijke regels als de staatkundige praktijk stelde de Raad van State dat 'een Tweede Kamer die is voortgekomen uit latere verkiezingen dan die welke mede waren ingegeven door de ontbinding ex artikel 137 niet op constitutionele belemmeringen stuit als zij de tweedelezingsvoorstellen wil behandelen en aanvaarden'.⁹ Dat is, aldus het advies, een neveneffect van de in 1995 gerealiseerde aanpassing van artikel 137 Grondwet. In dat jaar schrapte de grondwetgever het vereiste dat ook de Eerste Kamer tussen beide lezingen ontbonden moet worden. Meer dan dat werd er niet beoogd.¹⁰ Toch kunnen de aangepaste bewoordingen van artikel 137 zó worden gelezen dat de Grondwet zich niet uitlaat over welke Tweede Kamer precies tot behandeling van de tweede lezing bevoegd is. Hoewel doorschuiven volgens het advies uit 2003 dus niet

onrechtmatig is, erkende de Raad van State dat het wenselijk is om uitsluitend de met het oog op de grondwetswijziging gekozen Tweede Kamer met de tweede lezing te belasten. Hij deed daarom diverse suggesties om terug te keren naar de oude praktijk waarin uitsluitend het – wat wij hiervoor noemden – herzieningsparlement de tweede lezing kon behandelen. Dat de behandeling rechtens niet het exclusieve domein is van dat herzieningsparlement, bevestigde de Raad van State nog eens in 2007 – al stelde hij toen ook dat het ‘juister’ zou zijn om de tweede lezing op te dragen aan de Tweede Kamer die (mede) ten behoeve van de grondwetsherziening is gekozen.¹¹

Voortschrijdend inzicht

Alleen doden en dwazen veranderen nooit van opvattingen, en dus kunnen we er begrip voor opbrengen dat een en dezelfde vraag in 2017 toch anders beantwoord wordt dan in 2003 of 2007. Toch is het opmerkelijk dat de voorlichting van 2017 het advies uit 2003 ‘een belangrijk precedent’ noemt, maar er op een aantal manieren belangrijk van afwijkt. Wat ons het meeste steekt is dat de voorlichting van die afwijkingen niet expliciet doet blijken – integendeel, het lijkt wel alsof ze worden weggemasseerd. Het precedent van 2003 was kennelijk wel belangrijk, maar niet overtuigend. We wijzen op een drietal in het oog springende verschillen.

Kennelijk zijn voorstellen tot herziening van de Grondwet bederfelijke waar: als ze te lang op de parlementaire plank blijven liggen, vervallen ze van rechtswege

Volgens de 2017-weergave zou de Raad van State al in 2003 hebben gesteld dat slechts onder ‘zeer bijzondere omstandigheden’ kan worden geaccepteerd dat tussen de eerste en de tweede lezing van een grondwetsherziening meerdere verkiezingen voor de Tweede Kamer zijn gehouden. Van die clausulering is in het 2003-advies evenwel geen spoor te bekennen. In heel algemene termen werd daarin juist geconcludeerd (onder de tussenkop ‘conclusie!’) dat er ‘geen constitutionele belemmeringen’ zijn die aan behandeling door een latere Tweede Kamer in de weg staan. Over een rechtsplicht om vast te stellen dat het

wetsvoorstel van rechtswege is vervallen (originele figuur!) werd in 2003 dan ook met geen woord gerept.

De voorlichting uit 2017 beweert dat het advies uit 2003 een uitgestelde behandeling al had willen voorbehouden aan ‘de Tweede Kamer die direct volgde op de Tweede Kamer die beschikte over het kiezersmandaat’.¹² Maar dat is niet wat de Raad van State in 2003 schreef. Wie dat advies erbij pakt, leest daarin dat ‘een Tweede Kamer die is voortgekomen uit latere verkiezingen dan die welke mede waren ingegeven door de ontbinding ex artikel 137’ zich aan behandeling van de tweede lezing kan zetten. Het generieke ‘een Tweede Kamer’ uit 2003 werd in 2017 dus vervangen door ‘de Tweede Kamer die direct volgde op’ de Kamer met een speciaal mandaat.

In de derde plaats stelt de voorlichting uit 2017 dat zich een novum heeft voorgedaan waarmee het advies uit 2003 geen rekening kon houden. Indertijd was niet voorzien dat de behandeling in tweede lezing bewust zou kunnen worden opgeschort, in de hoop dat toekomstige verkiezingen een vooralsnog ontbrekende versterkte meerderheid zouden kunnen opleveren. Dat zulk strategisch uitstelgedrag zich bij het initiatiefvoorstel rondom het toetsingsverbod wel heeft voorgedaan, was volgens de Afdeling ‘een nieuwe ontwikkeling’ ten opzichte van het precedent.¹³ In weerwil van wat de Afdeling advisering stelt, was in het advies uit 2003 de mogelijkheid van trainieren wel degelijk onderkend. Precies die mogelijkheid was in 2003 aanleiding om, zonder af te doen aan de rechtmatigheid van een doorgeschoven behandeling, suggesties te doen hoe te bevorderen dat grondwetsherzieningsvoorstellen in tweede lezing voortvarend ter hand zouden worden genomen.¹⁴ Wat in 2003 nog werd gepresenteerd als opties om een wenselijke toestand te herstellen, werd in 2017 aan de man gebracht als de enige manier om te ontkomen aan de overigens onvermijdelijke vaststelling (‘geen ruimte om tot een ander oordeel te komen’) dat het voorstel van rechtswege vervallen is.

Een en ander overziend kunnen we moeilijk anders dan vaststellen dat de voorlichting uit 2017 de claim op koersvaste jurisprudentie niet kan waarmaken. Dat vinden we extra bezwaarlijk omdat, bij gebreke aan rechterlijk toetsingsrecht (o ironie!), dit type adviezen doorgaans van grote betekenis is voor de staatsrechtelijke rechtsvorming.

Plebiscitair karakter

Niet op alle fronten wijkt de voorlichting af van eerdere adviezen. Strijk en zet bepleit de Raad van State dat niet uitgesloten moet worden dat het oorspronkelijke oogmerk van de tussentijdse parlementaire ontbinding in de toekomst wellicht herleeft. Tussentijdse ontbinding is in 1848 ingevoerd teneinde grondwetsherzieningen tot inzet van de verkiezingen te maken. De onvermijdelijke verdra-

6. *Handelingen II* 2016/17, 66, item 15, p. 17-18.

7. *Kamerstukken II* 2016/17, 32334, 10.

8. *Kamerstukken II* 2017/18, 32334, 11.

Ons gaat het hier vooral om het zwalken van de Raad van State. Zie over de inhoudelijke vragen die in het advies aan bod

komen R.J.B. Schutgens, ‘De ontbinding ontleed’, *Ars Aequi* 2018, afl. 1, p. 59-66 (AA20180059).

9. *Kamerstukken II* 2003/04, 29200 VII, 36, p. 3.

10. *Kamerstukken II* 1993/94, 23575, 3, p. 1 en 3.

11. *Kamerstukken II* 2006/07, 31012 & 31013, 4, p. 5.

12. *Kamerstukken II* 2017/18, 32334, 11, p. 4.

13. *Kamerstukken II* 2017/18, 32334, 11, p. 5.

14. *Kamerstukken II* 2003/04, 29200 VII, 36, p. 4 (onder 7).

ging werd als bijvangst gezien: een waarborg tegen overhaasting.¹⁵ Aanvankelijk beantwoordde het stelsel aan zijn bedoelingen, maar na verloop van tijd verwaterde het plebiscitaire karakter van grondwetsherzieningsverkiezingen. De laatste keer dat een grondwetsherziening een rol van betekenis speelde in de verkiezingscampagne, was vermoedelijk toen in 1948 de Indonesische kwestie speelde ('Indië verloren, rampspoed geboren!'). Het is natuurlijk niet uitgesloten dat het ooit weer zover komt. Zowel de voorlichting uit 2017 als het advies uit 2003 benadrukken dat. De voorlichting gaat daarbij wel een stap verder door wat uitbundige voorstellen te doen die moeten bevorderen dat de tweede lezing zo snel mogelijk van start gaat.

Ten onrechte is niet onderkend dat tussen het advies en de voorlichting licht zit, en niet zo'n beetje ook. In plaats daarvan is een houdbaarheidsdatum de advisering ingerommeld

We hebben overigens de indruk dat die suggesties vooral het paard achter de wagen spannen. Wie het belangrijk vindt dat de kiezersraadpleging wordt geherwaardeerd, kan niet volstaan met het opvoeren van het tempo maar moet al eerder in de procedure iets veranderen. Sommige oplossingen bevinden zich buiten de invloedssfeer van regering en parlement. Het is in de eerste plaats aan politieke partijen om zich in hun programma over de grondwetsherziening uit te spreken. Op het institutionele vlak is ook nog winst te behalen. Wat bijvoorbeeld niet helpt is dat zich een praktijk heeft ontwikkeld waarin kiezers vrijwel onmogelijk kunnen weten dat hun stem medebepalend is voor het lot van voorgestelde grondwetswijzigingen. Besluiten tot ontbinding van de Tweede Kamer worden gepubliceerd in

het Staatsblad. Trouwe lezers daarvan weten dat de omstandigheid dat een grondwetsherziening mede aanleiding is voor Kamerontbinding doorgaans alleen blijkt uit een non-descripte verwijzing naar artikel 137 Grondwet in de considerans van het besluit. Het is eerder uitzondering dan regel dat de toelichting op het besluit vermeldt welke grondwetswijzigingen precies voorliggen.¹⁶ Het komt ook voor dat een ontbindingsbesluit gepubliceerd wordt nog voordat de eerste lezing is afgerond. Dat de verkiezingen in die gevallen mede een grondwetsherziening tot inzet hebben, kan dan natuurlijk niet uit het ontbindingsbesluit blijken. De laatste keer dat dit voorkwam, werd het besluit achteraf aangevuld.¹⁷ De Raad van State was van zulke mosterd na de maaltijd overigens bepaald geen voorstander.¹⁸ Of zijn voortdurend hameren op een vliegende start van de tweede lezing nu zoveel meer recht doet aan de bedoeling van art. 137 Grondwet, valt echter te betwijfelen.

Overtuigingskracht

We delen het ongemak dat bij de regering, diverse Kamerleden en de Afdeling advisering van de Raad van State heerst over eindeloos op de plank liggende voorstellen tot grondwetsherziening. Dat geldt in het bijzonder als vertraging een bewuste strategie is. Het komt wel vaker voor dat de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen tot stilstand komt.¹⁹ De Grondwet kent geen fatale termijnen ('valbijlen') in het wetgevingsproces (meer). De Staten-Generaal kunnen de behandeling van een initiatiefvoorstel dat in de vergetelheid is geraakt desgewenst weer ter hand nemen, al was het maar om tot intrekking over te gaan.²⁰ Er zijn evenwel goede gronden om aan te nemen dat grondwetsherzieningsvoorstellen wat hun houdbaarheid betreft afwijken van gewone wetsvoorstellen. Anders dan het advies van de Raad van State uit 2003 maar in lijn met de voorlichting uit 2017 menen wij dat de tekst en de ratio van artikel 137 Grondwet zeker in die richting wijzen. Hier gaat het ons om een andere vorm van houdbaarheid, namelijk de wijze waarop de Raad van State zijn rol bij staatsrechtelijke rechtsvorming vervult. Ten onrechte is niet onderkend dat tussen het advies en de voorlichting licht zit, en niet zo'n beetje ook. In plaats daarvan is een houdbaarheidsdatum de advisering ingerommeld. Omwille van de overtuigingskracht van zijn advisering was het beter geweest als de Raad van State open kaart had gespeeld. •

15. *Kamerstukken II* 1847/48, XLIX, 27, p. 580.

16. Zie bijvoorbeeld de ontbindingsbesluiten van 16 januari 2017 (*Stb.* 201, 7), 18 maart 2010 (*Stb.* 2010, 131), 27 maart 2002 (*Stb.* 2002, 173), 16 maart 1998 (*Stb.* 1998, 147) en 14 maart 1994 (*Stb.* 1994, 182). Van deze reeks geeft alleen het besluit uit 2010 aan welke grondwetswijziging inzet van de verkiezingen is.

17. Koninklijk besluit van 15 november 2006 (*Stb.* 2006, 565) houdende 'nadere vaststelling van de grondslag voor de ontbinding van de Tweede Kamer der Staten-Generaal'.

18. *Kamerstukken II* 2006/07, 31012 en 31013, 4, p. 4.

19. Zie voor een extreem voorbeeld het wetsvoorstel dat in november 1992 is ingediend (*Kamerstukken II* 1992/93, 22942,

1-2). Het voorstel moet tot Sint Juttemis (of tot een definitieve regeling wordt getroffen, wat ook maar eerder komt) aanhangig blijven om te voorkomen dat ingevolge art. 70 Invorderingswet 1990 de Ontvanger het zogeheten bodemrecht niet meer kan uitoefenen; zie laatstelijk *Kamerstukken II* 2010/11, 22942, 10. Minder buitenissige voorbeelden via de overzichten die verkeren kunnen worden op www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen.

nl/kamerstukken/wetsvoorstellen.

20. G. Boogaard, 'Van wie zijn zij? Verweesde initiatiefvoorstellen', via www.publiek-rechtenpolitiek.nl/van-wie-zijn-zij-verweesde-initiatiefwetsvoorstellen/; J.L.W. Broeksteeg, 'Over "vergeten" initiatiefvoorstellen', in: *NJB* 2011/1874, p. 2503-2506; T.C. Borman, 'Het intrekken van wetsvoorstellen', *Regel/Maat* 2007/4, p. 175-176.